

89. Kann der Bürge im Konkurse des Hauptschuldners, wenn er vor der Konkursöffnung einen Teil der Schuld an den Gläubiger bezahlt hat, die insoweit auf ihn übergegangene Forderung geltend machen?

BGB. § 774 Abs. 1 Satz 1 und 2.

RD. §§ 3, 68.

VI. Zivilsenat. Urf. v. 29. Dezember 1913 i. S. B. Konk. (Bekl.)
w. R. (Kl.). Rep. VI. 443/13.

I. Landgericht Heilbronn.

II. Oberlandesgericht Stuttgart.

Der Kläger hatte sich mit Urkunde vom 30. September 1910 gegenüber dem Kaufmann K. für eine Schuld des Kaufmanns B. aus dem Kaufe von Weinen und Fässern in Höhe von 10000 M als selbstschuldnerischer Bürge verpflichtet. Im Sommer 1912 kam B. in Zahlungsschwierigkeiten, wegen deren er ein Abkommen mit seinen Gläubigern anstrebte. Am 12. Juli 1912 bezahlte der Kläger dem K. die Summe von 10000 M, worüber K. auf dem Bürgscheine, den er zurückgab, quittierte. Am 31. Juli 1912 wurde über das Vermögen B.'s das Konkursverfahren eröffnet. In diesem Verfahren meldete K. seine gesamte Kaufpreisforderung mit 45993 M an, ohne die ihm vom Kläger geleistete Zahlung abzuziehen. Seine Forderung ist auch in dieser Höhe festgestellt worden. Ferner meldete der Kläger seine Bürgschaftsrückgriffsforderung von 10000 M nebst Zinsen an. Diese Forderung wurde vom Konkursverwalter im Prüfungstermine bestritten. Mit der Klage verlangte nun der Kläger, daß seine Forderung als Konkursforderung festgestellt werde. Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht dagegen erkannte dem Klagantrag entsprechend. Die Revision des verklagten Konkursverwalters wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Wird sonach vom Berufungsgerichte rechtlich einwandfrei angenommen, daß die Forderung des Gläubigers K. durch die Zahlung des Bürgen in Höhe von 10000 M auf diesen übergegangen sei, so stand noch zur Entscheidung, ob der Geltendmachung der Rückgriffsforderung des Klägers im Konkurse des Hauptschuldners

nicht die Vorschrift des § 774 Abs. 1 Satz 2 des B.G.B. entgegenstehe, wonach der Übergang nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden kann.

Der Berufungsrichter geht davon aus, daß in einem derartigen Falle nicht bloß der betreffende Gläubiger, der durch die Anmeldung im Konkurse benachteiligt wird, sondern auch der Konkursverwalter die Einwendung aus der erwähnten Gesetzesvorschrift geltend machen könne. Denn die Einwendung nütze nicht nur dem betreffenden Gläubiger, sondern allen Konkursgläubigern. Es sei nicht möglich, den Bürgen, der eine Teilzahlung geleistet habe, etwa nur beschränkt, d. h. so zuzulassen, daß er nur die Dividende jenes Gläubigers nicht schmälere. Vielmehr sei, wenn die Forderung des Bürgen festgestellt sei, diese Feststellung eine einheitliche, gegen alle Konkursgläubiger wirkende. Andererseits komme auch die Ablehnung der Feststellung allen Konkursgläubigern zugute, der Bürge nehme dann überhaupt nicht am Konkurse teil. Dem Vorderrichter ist in diesem Punkte unbedenklich beizupflichten. Dem Konkursverwalter müßte, wie man auch seine Rechtsstellung im allgemeinen auffassen mag, wenigstens in einem Falle der vorliegenden Art gestattet sein, sich auf die fragliche Bestimmung zu berufen und auch damit den von ihm gegen die Anmeldung des Bürgen erhobenen Widerspruch zu begründen. Dies um so mehr, als hier der Hauptgläubiger R. seine ganze Forderung im Konkurse geltend gemacht hat und damit offenbar auch seinerseits den Bürgen von der Beteiligung am Konkurse ausschließen will.

Für die Rechtsfrage, inwieweit die Bestimmung des § 774 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. auch in einem Konkurse des Hauptschuldners zur Anwendung komme, schließt sich der Berufungsrichter der Meinung an, daß der zahlende Bürge zwar in dem Falle, wenn er nach der Konkursöffnung eine Teilzahlung geleistet hat, die auf ihn übergegangene Forderung nicht geltend machen könne, daß dagegen die Anmeldung des Bürgen, der vor der Konkursöffnung bezahlt hat, trotz der Bestimmung des § 774 Abs. 1 Satz 2 dann zuzulassen sei, wenn es sich um eine gewöhnliche (nicht Ausfall-)Bürgschaft handelt. Die Revision rügt Verletzung der mehrerwähnten Gesetzesvorschrift und führt aus: man dürfe jene Unterscheidung nicht in das Gesetz hineinragen. Der Bürge dürfe eben hinsichtlich der Forderung, die

im vollen Umfange Gegenstand der Bürgschaftsverpflichtung sei, das Befriedigungsrecht des Gläubigers überhaupt nicht verkümmern; der Kläger könne daher auch nicht seine Forderung, wofern der Übergang auf ihn erfolgt wäre, im Konkurse des Hauptschuldners geltend machen, was unzweifelhaft eine Benachteiligung des Gläubigers R. bedeuten würde, der auf seine Forderung von rund 46000 *M* bisher nur die vom Kläger als Bürgen gezahlten 10000 *M* erhalten habe. Die Ansicht der Revision war nicht als richtig anzuerkennen; vielmehr war der Rechtsauffassung des Vorderrichters beizupflichten.

Wichtig ist zwar, daß die Vorschrift des § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. ganz allgemein lautet, und daß aus dieser Bestimmung an und für sich die fragliche Unterscheidung nicht abgeleitet werden könnte. Es wird denn auch von der Mehrzahl der (im Berufungsurteil angezogenen) Schriftsteller und Kommentare die Vorschrift auf die Beteiligung des Bürgen am Konkurse des Hauptschuldners angewendet, ohne daß dabei genauer unterschieden würde, ob die Zahlung des Bürgen vor oder nach der Konkursöffnung erfolgt ist (vgl. auch die Zusammenstellung von Wendig im „Recht“ 1910 S. 686). Von anderen wird gelehrt: wenn die Teilzahlung des Bürgen schon vor der Konkursöffnung erfolgt ist, könne der Gläubiger den ihm verbleibenden Rest der Forderung, der Bürge den auf ihn übergegangenen Teil anmelden; auch dann aber müsse der Bürge dem Gläubiger gegenüber zurücktreten, bis dieser für seinen Teil vollständig befriedigt ist (vgl. Enneccerus (Ripp-Wolff) Bürg. Recht I² § 414, 1a, 6./8. Aufl. S. 536 Note 4; Roth, Leipziger Zeitschrift 1910 Sp. 360). Dagegen wird dem Bürgen für den angeführten Fall ein durch § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht eingeschränktes Recht, die auf ihn übergegangene Forderung im Konkurse geltend zu machen, eingeräumt von Jaeger R.D. 3./4. Aufl. zu § 3, Anm. 26 S. 56, vgl. Anm. 9 zu § 68 S. 721, Düringer-Hachenburg BGB. 2. Aufl. Anm. 53 zu § 349 S. 402, Wendig a. a. O. S. 689, Henneberg, Leipz. Zeitschr. 1911 Sp. 269. Vgl. ferner Staub-Könige BGB. zu § 349, 8. Aufl. Anm. 19; 9. Aufl. Anm. 45, 47.

Zweifellos ist zunächst soviel, daß der Gläubiger, dem der Bürge vor der Konkursöffnung die Teilzahlung gemacht hat, den entsprechenden Teil der Forderung nicht seinerseits anmelden kann.

Zu diesem Teile ist die Forderung zwar nicht erloschen, aber auf den Bürgen übergegangen. Der ursprüngliche Gläubiger war im Zeitpunkte der Konkursöffnung insoweit nicht mehr forderungsberechtigt; er kann nach §§ 3, 68 R.D. folgeweise auch nicht Konkursgläubiger sein. Andererseits treffen die konkursrechtlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung der auf den Bürgen übergegangenen Teilforderung durch diesen als den allein Forderungsberechtigten zu. Daß die Geltendmachung der Forderung des Bürgen, sofern dadurch die Konkursdividende des Gläubigers für seine Restforderung geschmälert wird, dem letzteren im wirtschaftlichen Sinne einen Nachteil bringt, kann nicht geleugnet werden. Es läßt sich auch nicht schon damit die Anwendung des § 774 Abs. 1 Satz 2 beseitigen, daß vom Zeitpunkte des Überganges an zwei verschiedene Forderungen vorlägen, daß deshalb die Anmeldung des Bürgen nicht gegen den Grundsatz verstoße, wonach die nämliche Forderung nicht zweimal dividendenberechtigt sein kann (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 14 S. 172). Die Vorschrift des § 774 behandelt eben die Restforderung und die übergegangene Teilforderung im Verhältnis der beiden Gläubiger zueinander noch als Einheit. Allein es kann dieser Bestimmung und dem ihr zugrunde liegenden, an verschiedenen Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuchs wiederkehrenden Satze, daß durch das Ablösungs- und Eintrittsrecht des zahlenden Schuldners oder Dritten der Gläubiger nicht benachteiligt werden darf („nemo subrogat contra se“), vgl. BGB. §§ 426 Abs. 2, 1225, 268 Abs. 3, 1249, 1143, 1150, 1164, 1176, doch nicht die Tragweite beigemessen werden, daß dadurch der Ablösende oder Eintretende bei Konkurrenz mit dem ursprünglichen Gläubiger diesem schlechthin und überall weichen müßte, von seinem Befriedigungsrechte keinen Gebrauch machen dürfte. Jener Satz kann insoweit nicht in seinen Konsequenzen streng durchgeführt werden, als das mit anderen Grundsätzen der Rechtsordnung unverträglich sein würde. So stehen z. B. der Berufung des Gläubigers auf den erwähnten Satz gegenüber dem eine Hypothek Ablösenden nach Umständen die Grundsätze des jetzigen Hypothekenrechts entgegen, namentlich der, daß durch eine Zahlung das dingliche Recht nicht erlischt, vgl. die Urteile Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 82 S. 133 flg., Jur. Wochenschr. 1913 S. 1147 Nr. 5. Man wird in solchen Fällen auch sagen dürfen, daß hier der Ablösende, indem

er von seiner Rechtsstellung Gebrauch macht, den Rechtsübergang nicht — im Sinne des Gesetzes — „zum Nachteil“ des bisherigen Gläubigers geltend mache (vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O., Bending a. a. O. S. 689).

Hier kommen als maßgebend die Normen der Konkursordnung in Betracht. Mit dem Wesen und den Einrichtungen des Konkursverfahrens, das die gleichmäßige Verteilung des ganzen flüssig gemachten Vermögens des Gemeinschuldners unter den Gläubigern zur Aufgabe hat, und im besonderen mit den Grundsätzen der §§ 3, 68 KO. erscheint es nicht verträglich, wenn mit Rücksicht auf das Vorrecht des § 774 BGB. der Gläubiger den Bürgen von der Beteiligung und Befriedigung für die übergegangene Teilforderung ausschließen könnte. Den betreffenden Teil seiner Forderung hatte der Gläubiger im Zeitpunkte der Konkursöffnung bereits endgültig verloren. Die vollendete Rechtsstatsache des Forderungsüberganges auf den Bürgen darf im Konkursverfahren nicht unberücksichtigt bleiben. Teilnahmerechtigter Konkursgläubiger ist bezüglich der übergegangenen Forderung ausschließlich der Bürge. Und sein Anspruch ist — im Gegensatz zu einer nur bedingten Rückgriffsforderung (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 14 S. 172) — ein unbedingter. Dürfte den übergegangenen Teil der Forderung weder der bisherige Gläubiger, der insoweit auch nicht Konkursgläubiger sein kann, noch der Bürge (wegen § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB.) im Konkurse geltend machen, so würden einerseits der Bürge um seine volle Dividende geschädigt, andererseits würden die übrigen Gläubiger eine Bereicherung erfahren, die sie im Konkursverfahren nicht beanspruchen können. Mit Recht hat der Vorderrichter auf diese Folge Gewicht gelegt, die in der Tat der Absicht des Gesetzes schwerlich entspräche. Wenn es auch sonst vorkommen mag, daß das Ausschneiden des Bürgen aus der Konkurrenz nicht dem Gläubiger der verbürgten Forderung allein zugute kommt, wie z. B. bei einem auch dritten Gläubigern haftenden einzelnen Pfandgegenstande (Roth, Leipz. Zeitschr. 1910 Sp. 360/361), so liegt die Sache doch anders für das, auf eine allgemeine Verteilung und Befriedigung gerichtete Konkursverfahren, dessen besondere, ihm eigentümliche Regelung gegenüber der allgemeinen Bestimmung des § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. den Ausschlag geben muß. Für dieses Gebiet kommt es

eben auf die objektivrechtliche Beschaffenheit der Restforderung des Gläubigers im Zeitpunkte der Konkursöffnung, bzw. auf die Forderungsberechtigung des Bürgen zufolge des Überganges der Teilforderung an. Mit jener Forderung war ein Anrecht auf vorzugsweise Befriedigung in Hinsicht auf die Gesamtforderung nicht mehr verknüpft. Die Ausschließung des Bürgen von der Beteiligung am Konkurse würde nicht sowohl die Wahrung eines Vorrechts des Gläubigers, als vielmehr eine Benachteiligung des Bürgen in seiner mit dem Rechtsübergange für den Fall des Konkursverfahrens erworbenen Rechtsstellung bedeuten. Damit, daß dem Bürgen zwar gestattet würde, seine Forderung anzumelden, daß ihm aber dennoch bis zur vollen Befriedigung des Gläubigers die Dividendenberechtigung versagt bliebe, wäre ihm noch nicht geholfen. Die angemeldete übergegangene Teilforderung kann im Konkurse nicht wohl anders behandelt werden, wie sonstige unbedingte Konkursforderungen. Den für bedingte Forderungen bestehenden Vorschriften der Konkursordnung — der Berücksichtigung nur mittels Zurückbehaltung, Hinterlegung oder gegen Sicherstellung (§§ 67, 154, 155, 168 Nr. 2, 4) — untersteht die auf den Bürgen endgültig übergegangene Forderung nicht.

Es könnte sich, was der Berufungsrichter dahingestellt sein läßt, allenfalls darum handeln, ob der Gläubiger wegen der Bestimmung in § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. in der Lage sei, von dem Bürgen denjenigen Teil von dessen Dividende herauszuverlangen, welcher dem Gläubiger zugekommen wäre, wenn der Bürge nicht am Konkurse teilgenommen hätte. Aber das würde der Gläubiger mit dem Bürgen außerhalb des Konkursverfahrens auszutragen haben, und ein etwaiger Anspruch des Gläubigers auf solche Ausgleichung stände der Feststellung der Konkursforderung des Bürgen nicht im Wege. Die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Konkursgläubigern ist an sich nicht Aufgabe des Konkursverfahrens, soweit die Forderungsberechtigung selbst außer Frage steht. Andererseits ist es unthunlich, in diesem Verfahren dem Bürgen etwa durch gesonderte Berechnung und Verteilung nur in beschränkter Weise, nämlich nur in dem Maße Befriedigung zu gewähren, daß er allein die Dividende des betreffenden Gläubigers nicht schmälert.

Die Revision hat sich für ihre Ansicht auf das Urteil des er-

kennenden Senats Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 76 S. 195 flg. bezogen. Aber dieses Urteil befaßt sich mit der hier zu entscheidenden Rechtsfrage nicht. Auch die sonstige Rechtsprechung des Reichsgerichts kann nicht zur Stütze für jene Ansicht verwertet werden. Die Plenarentscheidung Entsch. Bd. 14 S. 172 flg. betrifft, wie bereits angedeutet, den selbständigen (bedingten) Rückgriffsanspruch des Mitverpflichteten (vgl. Entsch. Bd. 42 S. 36 flg.). In dem Falle des Urteils Entsch. Bd. 8 S. 290 flg. war die Zahlung des Bürgen nach der Konkursöffnung erfolgt, ebenso die Zahlung des Mitverpflichteten in Entsch. Bd. 52 S. 170, und die Zahlung dessen, der das Pfand eingelöst hatte, im Falle des Urteils vom 3. April 1908 Rep. II. 604/07. In Entsch. Bd. 53 S. 403 handelte es sich um die vom Bürgen nach der Konkursöffnung in das Vermögen des Gläubigers erklärte Aufrechnung; bei dem Urteile vom 2. Mai 1905, Recht 1905 Nr. 1445, um Ausfallsbürgschaft und Zahlung unter Vorbehalt. Aus zutreffenden Gründen hat der Vorderrichter weiter angenommen, der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß die Teilnahme des Gläubigers R. am Konkurse mit dem Betrage von weiteren 10000 M auch dem Kläger gegenüber rechtskräftig festgestellt sei, vielmehr werde hierdurch die Feststellung der klagend geltend gemachten Forderung nicht gehindert.

Vom Revisionsbeklagten ist darauf hingewiesen worden, daß die Forderung des Bürgen hier, außer auf den gesetzlichen Übergang, auch auf den Rechtsgrund des Auftrags gestützt sei und insofern von dem Einwand aus § 774 Abs. 1 Satz 2 überhaupt nicht betroffen würde. Der erste Richter hat diese Frage erörtert und dahin beantwortet, daß das Recht des Gläubigers aus jener Vorschrift auch nicht durch irgendwelche Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Bürgen und Schuldner geschmälert oder aufgehoben werden könne. Das Berufungsgericht hat in den Gründen diesen Punkt nicht berührt, hatte dies von seinem Standpunkt aus auch nicht nötig; und für die gegenwärtige Entscheidung kommt es darauf gleichfalls nicht an. . . .